

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级 \_\_\_\_\_

学号: 13620121150144

UDC \_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

公司承包经营法律问题研究

Research on Company Contractual Operation

刘冰洁

指导教师姓名: 刘永光 副教授

专 业 名 称: 民 商 法 学

论文提交日期: 2015 年 4 月

论文答辩时间: 2015 年 月

学位授予日期: 2015 年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

2015 年 4 月

# 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

# 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（        ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于        年        月        日解密，解密后适用上述授权。

（        ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年        月        日

## 内容摘要

“承包”作为典型的具有中国特色的概念和现象，现如今，又以公司承包经营的方式渗透到现代公司治理结构之中。虽然经过数年来发展已形成了明显的模式特色，但公司承包经营所面临的诸如法律空白的困境等问题仍亟待解决。

本文包括前言、正文、结论三部分，其中正文共分五章：

第一章以厦门两岸股权交易中心的实例引出承包制，回顾了该制度从产生于家庭联产承包责任制到发展成为公司承包经营的历史进程，并在此基础上阐述了公司承包经营的概念和特征。

第二章将公司承包经营与域外立法中较为相似的营业转让制度进行比较研究。虽然在具体内容上两者亦存在区别，但其新营业主均得以利用原有营业已创造的商业基础继续经营，显然是商事交易对经济、效率价值取向的选择。相似制度的存在也间接说明了公司承包经营的合理性。

第三章从公司承包经营合同的效力出发，依次介绍有效说、无效说、区别说论者的观点，回应公司承包经营合同是否会打破现代公司治理结构、是否违反法律的强制性规定、是否会对债权人利益造成损害等一系列问题，并在认定其有效性的基础上就合同本身的对内效力和对外效力进行分析。

第四章分别通过区分股东会权力类型、实行部分限权、加强经营监督、方便承包方操作对发包公司内部治理结构的调整展开论述，以期在发包公司和承包方之间达到利益的平衡。

第五章结合我国现行公司法的规定和公司承包经营在实践中存在的问题，对构建我国公司承包经营制度提出了一些治理建议。

本文从民商事法律的视角深入分析、探讨了实践中的公司承包经营现象，并提出了一些治理建议，希望通过对这些内容的论述，进一步丰富公司承包经营的理论研究，并能为构建我国公司承包经营制度提供政策参考。

**关键词：**承包经营；治理结构；内部约定

## **ABSTRACT**

Nowadays,as a typical conception and phenomena with Chinese characteristic,"Chengbao" has infiltrated into morden company governance structure by company contractual operation.Over the past years of development,company contractual operation has its obvious characteristics,but the predicaments such as the the absence of legal provisions are still burning problems.

Besides the preface and the conclusion,the dissertation could be divided into five chapters:

The first chapter begins with the example of Xiamen Cross-strait Equity Exchange to introduce contracting out system,which originated in the household contract responsibility system and then developed into company contractual operation.After retrospecting the historical process,the conception and features are expounded.

The second chapter will compare company contractual operation with similar foreign law.Although there are some differences,both of their new operators can utilize the available business for continuing operating.It is obvious to choose value orientations of economy and efficiency for commercial transaction.Meanwhile company contractual operation is verified indirectly to be reasonable by the extensive existence of similar foreign law.

The third chapter is discussed for center with the validity of company contractual operation contract.Valid party,invalid party and distinguishing party hold different viewpoints.Whether the company contractual operation may break down modern corporate governance construction,break the mandatory provisions of law,harm the interests of creditors or not and so on are responded.On the basis of the validity,the internal and external effects of company contractual operation contract will be analysed.

The fourth chapter explains adjustment of company internal governance about how to distinguish the power type of shareholders meeting,impose restrictions on partial rights,strengthen operational supervision and facilitate contractor's operation

so as to interests balancing between the contractee and contractor.

On the basic of there in before,the fifth chapter proposes some regulatory suggestions,combined with the existing Corporation Law and problems in company contractual operation practice.

From the perspective of civil and commercial law,the dissertation analyses and discusses company contractual operation,then proposes some regulatory suggestions for the Chinese situation,which would provide theoretical guidance and policy reference for the perfection of China's company contractual operation system.

**Key Words:** Contractual operation; Governance structure; Internal agreement

# 目 录

前 言 .....	1
第一章 公司承包经营概论 .....	2
第一节 公司承包经营的形成 .....	2
第二节 公司承包经营的概念和特征 .....	4
一、公司承包经营的概念 .....	4
二、公司承包经营的特征 .....	5
第二章 公司承包经营相关制度的域外法考察 .....	7
第一节 营业转让制度考察 .....	7
一、营业转让制度的界定 .....	7
二、营业转让制度的性质 .....	9
三、营业转让制度的立法规定 .....	11
第二节 公司承包经营与营业转让制度的比较 .....	14
第三章 公司承包经营合同的效力研究 .....	17
第一节 公司承包经营合同的法律定位 .....	17
第二节 公司承包经营合同的效力争议 .....	17
一、公司承包经营合同的效力争议 .....	17
二、公司承包经营合同的效力之我见 .....	19
第三节 公司承包经营合同的效力分析 .....	22
一、公司承包经营合同的对内效力 .....	22
二、公司承包经营合同的对外效力 .....	23
第四章 公司承包经营的内部治理调整 .....	25
第一节 公司承包经营对股东会职能的调整 .....	25
第二节 公司承包经营对董事会职能的调整 .....	26
第三节 公司承包经营对监事会职能的调整 .....	27
第四节 公司承包经营对公司经理、法定代表人的调整 .....	27
第五章 公司承包经营的利益相关方保护 .....	29

<b>第一节 公司和股东利益的保护 .....</b>	<b>29</b>
一、公司利益保护 .....	29
二、股东利益保护 .....	31
<b>第二节 交易相对人的利益保护 .....</b>	<b>33</b>
一、交易相对人的信赖利益保护 .....	33
二、交易相对人的债权保障 .....	34
<b>结 语 .....</b>	<b>35</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>36</b>



# CONTENTS

<b>Preface.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter 1 Summarization of Company Contractual Operation ...</b>	<b>2</b>
<b>Subchapter 1 Formation of Company Contractual Operation .....</b>	<b>2</b>
<b>Subchapter 2 Conception and Features of Company Contractual Operation ..</b>	<b>4</b>
Section 1 Conception of Company Contractual Operation .....	4
Section 2 Features of Company Contractual Operation .....	5
<b>Chapter 2 Investigation on Similar Foreign Law of Company Contractual Operation .....</b>	<b>7</b>
<b>Subchapter 1 Investigation on the System of Enterprise Transfer .....</b>	<b>7</b>
Section 1 Definition of the System of Enterprise Transfer .....	7
Section 2 Nature of the System of Enterprise Transfer .....	9
Section 3 Legislation of the System of Enterprise Transfer .....	11
<b>Subchapter 2 The Comparison of Company Contractual Operation and Enterprise Transfer.....</b>	<b>14</b>
<b>Chapter 3 Effects on Company Contractual Operation Contract .....</b>	<b>17</b>
<b>Subchapter 1 Legal Status of Company Contractual Operation Contract .....</b>	<b>17</b>
<b>Subchapter 2 Effect Controversy to Company Contractual Operation Contract.....</b>	<b>17</b>
Section 1 Effect Controversy to Company Contractual Operation Contract ..	17
Section 2 My View on Company Contractual Operation Contract's Effect....	19
<b>Subchapter 3 Effect Analysis on Company Contractual Operation Contract</b>	<b>22</b>
Section 1 Internal Effects on Company Contractual Operation Contract .....	22
Section 2 External Effects on Company Contractual Operation Contract .....	23
<b>Chapter 4 Internal Governance Adjustments of Company</b>	

<b>Contractual Operation .....</b>	<b>25</b>
<b>Subchapter 1 Adjustments of Shareholders Meeting Functions.....</b>	<b>25</b>
<b>Subchapter 2 Adjustments of Board Functions .....</b>	<b>26</b>
<b>Subchapter 3 Adjustments of Board of Supervisors Functions .....</b>	<b>27</b>
<b>Subchapter 4 Adjustments of Manager and Legal Representative Functions..</b>	<b>27</b>
<b>Chapter 5 Protection of Interest Relevant Parties of Company</b>	
<b>Contractual Operation .....</b>	<b>29</b>
<b>Subchapter 1 Interests Protection of Company and Shareholders.....</b>	<b>29</b>
Section 1 Interests Protection of Company .....	29
Section 2 Interests Protection of Shareholders .....	31
<b>Subchapter 2 Interests Protection of Trading Counterparty .....</b>	<b>33</b>
Section 1 Trust Interests Protection of Trading Counterparty.....	33
Section 2 Protection of Creditor's Rights.....	34
<b>Conclusion .....</b>	<b>35</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>36</b>

## 前 言

二十世纪八九十年代，我国计划经济体制开始向市场经济体制转轨，在农村已取得成功经验的承包经营顺势走进城市，成为国有企业改革时期的企业过渡形态。然而，在国有企业逐步走向市场化、接轨现代公司治理模式之后，承包经营并未就此销声匿迹，反而跟随企业转型渐渐渗透到新型公司之中，以公司承包经营的模式继续存在。

作为企业的一种组织形式，公司的产生和发展是社会生产力进步和商品经济日趋繁荣的结果。与国外较为成熟的公司治理理论相比，我国针对公司治理的研究起步较晚，而且诸多理论乃是直接学习国外成功的立法经验。因此，在现如今公司俨然成为社会经济中最重要的商业组织形式的大环境下，发挥公司制度创造社会财富之功用的关键不仅仅需要规范公司治理结构、提高公司运作效率，如何完善我国现有公司制度以及对舶来制度进行符合我国国情的本土化改造也是值得理论界和实务界共同关注的话题，是正确处理公司承包经营这类中国特色现象与现代公司治理结构的融合产物的必经之路。

公司属于民商事法律的调整范围，而我国民商事法律体系的建立学习了许多大陆法系的传统制度，包括大陆法系理论中具有代表性的一物一权原则，该原则决定了一物之上不可能设立双重所有权。当公司的所有权人出于种种原因无力或不愿继续经营却又不甘放弃所有权将公司直接出让时，如何在遵循一物一权原则之下维持公司的运作呢？换言之，如何解决所有权设立的排他性和公司所有权人不再继续亲自经营管理的矛盾呢？此时，单纯的经营权让与——公司承包经营不失为一种折中、兼顾的选择。

然而，立法的空白使得公司承包经营在实践中基本依靠合同的约定来确定双方当事人的权利义务关系，但合同本身的效力也处于尚无定论的尴尬境地。无效说、有效说、区别说论者各持己见，一系列的不确定性催生了公司承包经营模式下的无序状态，亟待公司法律制度予以规范。因此，本文将通过介绍公司承包经营的由来，对比域外类似制度的规定，在此基础上论述公司承包经营合同的有效性，并针对现实存在的一些法律问题提出治理建议。

## 第一章 公司承包经营概论

2013年12月30日，厦门两岸股权交易中心正式揭牌成立，作为立足海峡两岸的区域性股权交易中心创下了数个“第一”，其中备受关注的是中心在经营上所采用的“厦门模式”——委托管理，即由地方政府委托异地管理方前海股权交易中心主导运营的组织管理模式。事实上，我们并不应对此感到陌生，这种一方面引入外部力量以借助受托人成熟管理经验和创新发展基因，另一方面所有权人和经营者分离并保持委托公司独立性的经营模式，正是实践中一直存在“公司承包经营”，只是困于法律的空白，致使被冠以各种名称并且在具体形式上无统一的规范。

### 第一节 公司承包经营的形成

1978年11月24日，安徽凤阳小岗村，十八位村民秘密在大包干协议书上按下红手印，立下生死状，将村集体土地包干到户，拉开了家庭联产承包责任制的序幕。打破人民公社化的平均主义，由于承包农户多劳便可多得，包干到户迅速调动起了承包农户的劳动积极性。实行包干到户的第一年，小岗村的粮食产量就成倍增加，相当于以往五年产量的总和。1982年1月1日，中央一号文件《全国农村工作会议纪要》，将包干到户界定为社会主义集体经济的生产责任制。国家政策的认可，解决了参与承包的农户的后顾之忧，家庭联产承包责任制开始了全国范围内的广泛推行。

农村的改革浪潮冲击着城市，一些企业领导者受到农村家庭联产承包责任制的启发，提出引“包”进城，开始在企业开展承包经营。但这时的企业承包，主要是作为一种扭亏的手段，在一些长期亏损、生产经营陷入困境的企业中实行。<sup>①</sup>1984年10月20日，中共中央十二届三中全会通过了《中共中央关于经济体制改革的决定》，决定在阐述“建立多种形式的经济责任制”时指出：“这几年城市改革的试验充分表明，农村实行承包责任制的基本经验同样适用于城市。为了增强城市企业的活力，提高广大职工的责任心和充

---

<sup>①</sup> 张彦宁.实践中走出的成功之路[A].中国经济体制改革杂志社编(高尚全主编).中国企业承包实践[C].北京:改革出版社,1991.99.

分发挥他们的主动性、积极性、创造性，必须在企业内部明确对每个岗位、每个职工的工作要求，建立以承包为主的多种形式的经济责任制。”在该决定的指导和号召下，国有企业承包经营责任制迅速成为城市企业改革的首要方向。然而，当时的承包经营尚处于最初的探索和试验中，可以说仍存在诸多不完善之处。

随着国有企业承包经营改革的逐步深入，1986年12月5日，国务院发布了《关于深化企业改革增强企业活力的若干规定》，提出“推行多种形式的企业承包经营责任制，给经营者以自由而充分的经营自主权”；在概括和总结承包经营实践的基础上，1987年8月31日，原国家经委、国家体改委发布《关于深化企业改革完善承包经营责任制的意见》，确定“承包经营责任制，是社会主义公有制基础上，按照所有权和经营权适当分开和企业自主经营、自负盈亏的原则，以契约的形式确定国家和企业责权利关系的经营管理制度”。紧随其后，1988年2月27日，国务院又通过了《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》，作为指导全国企业承包工作的正式法规，对承包过程中所涉及的发包机构、发包方式、承包形式、基数测定、招标投标、考评选聘、奖惩办法、风险承担、合同调整、纠纷诉讼等各个环节的工作都做了明确的规定，以后，各地也都根据本地的实际情况制定了更加便于操作的实施办法。广泛推行承包制的当年，工业生产和经济效益就有明显好转，国家财政收入连续下滑的局面得到控制，企业也开始呈现出生机和活力。1988年，企业克服物件上涨、能源、资源、原材料紧缺等困难，承包合同完成率达90%以上，预算内工业企业产值比上年增长10.7%，实现税利增长17.4%，其中实行承包的9000多家大型企业实现税利增长20.8%。<sup>①</sup>与此同时，改革开放环境下中外合资企业的出现和增多，加之承包经营责任制在农村和国有企业的成功实践经验，承包经营制度名正言顺地被应用到中外合资企业的经营之中，并以1990年9月13日对外经济贸易部、国家工商行政管理局发布的《关于承包经营中外合资企业的规定》正式认可了中外合资企业承包经营制度的合法性。但该规定所指中外合资企业的承包经营“只是解决部分合营企业经营管理不善、严重亏损的补充措施”。由此可见，承包经营在中外合资

---

<sup>①</sup> 张彦宁.实践中走出的成功之路[A].中国经济体制改革杂志社编(高尚全主编).中国企业承包实践[C].北京:改革出版社,1991.99.

企业中的适用并不具有普遍性。

二十世纪八九十年代的承包经营虽然带动了社会经济的好转，但承包经营责任制毕竟是计划经济体制向市场经济体制转轨变型进程中为增强国有企业活力而采取的企业过渡形态，具有明显的时代特色。历经数十年的发展，到1992年7月国务院颁布《全民所有制工业企业转换经营机制条例》时，国家已不再鼓励企业承包，而是转向接轨世界发达国家的公司治理模式，推进企业市场化。特别是1993年12月29日《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的颁布，标志着我国企业正式步入公司制阶段，开始了通过设置股东会、董事会、监事会建立分权治理的现代公司结构，自主经营、自负盈亏。不过对于任何公司而言，单纯依靠对公司治理模式的引入绝非一劳永逸，其盈利仍然需要经营管理者审慎谋划、勤勉付出。这就出现了诸如经营管理能力有限、公司持续亏损等原因公司的所有权人意欲在不放弃公司所有权的基础上将公司交由他人代为经营管理的问题，部分公司首先选择了具有历史实践基础而较为熟悉的承包经营方式，公司承包经营由此而生。

## 第二节 公司承包经营的概念和特征

### 一、公司承包经营的概念

公司承包经营是指发包公司与承包方通过订立合同的形式，约定将发包公司的全部或部分经营权在一定时期内交由承包方行使，由承包方对公司进行经营管理，同时承包方按照承包经营合同的约定向发包公司支付承包金，并承担相应经营风险的一种经营方式。

第一，公司承包经营法律关系的主体是发包公司（发包方）和承包经营者（承包方）。一方面，公司是具有法律人格的民事主体，能够依照自己的意思选择其认为符合承包经营条件的民事主体作为承包方，并以自己的名义与之签订承包经营合同。另一方面，作为承包方的民事主体既可以是自然人，也可以是法人或其他组织；既包括股东，也包括股东之外的第三人。<sup>①</sup>

第二，公司承包经营法律关系的客体是一定时期内发包公司的全部或部分经营权。也就是说，公司（股东会）通过发包形式，依照一定程序，将原

<sup>①</sup> 刘俊海.新公司法框架下的公司承包经营问题研究[J].当代法学,2008,(2):75.

本交由股东会、董事会和经理行使的全部或者部分公司经营权让与承包方，由承包方一人独享。<sup>①</sup>但经营权以外的其他公司治理权并未发生改变，仍由原权力机关行使。

第三，公司承包经营法律关系的内容是发包公司与承包方的权利和义务。根据社会实践中各类公司承包经营合同可知，公司作为发包方享有公司资产的所有权、承包经营合同约定的收益权、承包经营行为的监督权、承包方违约时的合同解除权等一系列权利，同时承担对承包方经营活动的必要协助义务，以及在合同约定范围内不干涉承包方经营活动的义务等。相应的，承包方享有承包经营权、经营收益权等权利，并负有诚信审慎从事经营、严格维护公司财产、按时足额缴纳承包金、承担承包经营所生债务等义务。

## 二、公司承包经营的特征

公司承包经营来源于对现实法律问题的归结，理论上的鲜有研究和立法上的无法可依似乎并未影响其广泛存在于现实民商事活动中。实践中，公司承包经营双方通常约定，在承包经营期内，经营权由承包方行使，承包方应向发包方支付承包金，公司经营利润归承包方享有，经营期满时，承包方须保持公司资产总价值不变或增值，若出现亏损则由承包方弥补。<sup>②</sup>由此可见，公司承包经营主要具有如下特征：

第一，承包经营具有期限性。承包经营的期限是由发包公司与承包方约定的，用以确定经营权转移的起始、存续与终止。承包经营期开始，公司将其经营权让渡与承包方行使；在承包经营期内，承包方享有并行使合同约定的经营权而不受发包公司或任意第三人的非合理妨碍；承包经营到期，经营权回复至发包公司，发包公司和承包方重新获得选择权，可以决定继续承包、更换承包方或停止承包由公司自己经营等。当然，约定的承包经营期限并非绝对不变的，在公司承包经营期内，如遇承包经营合同的变更或发生终止承包经营的事由，承包期限会作出相应调整。

第二，发包公司的收益具有确定性。民商事活动遵循等价有偿的原则，公司承包经营即是发包公司以转移一定期限内的全部或部分经营权获取承包

---

<sup>①</sup> 俞慧英.论公司承包合同（硕士学位论文）[D].北京:中国政法大学,2006.10.

<sup>②</sup> 孟兰凯.公司承包行为法律效力的实例分析[J].福建法学,2004,（2）:62.

金作为对价的行为。承包方在享有原属于发包公司的经营权得以直接利用发包公司的资产和商誉等获取盈利的同时，无论承包经营是盈利还是亏损，均应按照公司承包经营合同的约定按期、足额支付承包金给发包公司。承包金则可以约定固定的数额，也可以是某一最低数额与盈利比例之和，发包公司甚至可以与承包方约定承包金的先行支付。这样一来，对于发包公司而言，其收益几乎是不存在风险的，通过承包经营合同约定的承包金条款即可以确定。

第三，公司的经营权受限。权利和义务总是相伴相生、彼此对等的，发包公司有权向承包方收取承包金，相应的也应履行协助承包方行使经营权的义务，其中，最主要的就是在让渡权力范围内不干涉承包方的经营决策、不妨碍承包方的正常经营活动、不为与所转让经营权相冲突的其他行为，使承包方能够充分发挥其经营智慧，开展业务，不受他人意志左右。

第四，承包方风险自担、亏损填补。承包方从事商事经营活动，能否盈利除取决于自身的经营管理能力之外，不可避免地还会受到市场风险、社会政策等不特定因素的影响。而公司设立的最终目的在于盈利，将其营业发包与他人经营则是希望通过一种较为安全、稳定的方式获取利润。因此签订公司承包经营合同时，发包方往往会与承包方约定，在承包经营期满时，承包方需保持公司资产总价值不变或增值，一旦出现亏损，则由承包方填补，此类约定其实就是公司将经营的风险转移给承包方负担，避免自身资产的减少。

第五，公司的所有权不发生改变，承包方对外以公司名义从事商事活动。承包方承包经营发包公司，取得的是发包公司的全部或部分经营权，包括为实现经营权而利用公司各种有形和无形财产的权利，公司的所有权依然属于发包公司。在与第三方的商事交易中，由于发包公司的名称、法定代表人等注册登记事项不因公司的承包经营发生任何改变，故虽然与第三方发生商事交易行为的相对方实际为承包方，但名义上的交易相对人、责任承担者仍为发包公司，所用签章亦为发包公司签章。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库